



Roj: **STS 1255/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1255**

Id Cendoj: **28079120012019100250**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2019**

Nº de Recurso: **972/2018**

Nº de Resolución: **216/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 43/2018,**  
**STS 1255/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 216/2019**

Fecha de sentencia: 24/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 972/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala civil y penal TSJ de Navarra

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: BDL

Nota:

.

RECURSO CASACION núm.: 972/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 216/2019**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer



D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 24 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales del **encausado DON Juan Alberto y de la Acusación particular Doña Adoracion**, contra Sentencia núm. 2, de 27 de febrero de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, recaída en el Rollo de apelación núm. 13/2017 frente a la Sentencia 201/2017, de 2 de octubre de 2017 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra dictada en el Rollo de Sala núm. 405/2016, dimanante del Sumario núm. 496/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona, seguido por delito de agresión sexual contra Don Juan Alberto. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido partes en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, y como recurrentes el encausado Don Juan Alberto representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Campillo García y defendido por el Letrado Don Ángel Ruiz de Erenchun Oficialdegui, y la Acusación particular Doña Adoracion representada por el Procurador de los Tribunales Don Samuel Mertínez de Lecea Baranda y defendida por el Letrado Don Fernando Salvide Echeverría.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona instruyó Sumario con el núm. 496/2016 por delito de agresión sexual contra **DON Juan Alberto** y un vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra que con fecha 2 de octubre de 2017 dictó Sentencia núm. 201/2017, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<Se declaran probados los siguientes hechos:

Sobre las siete horas del día 6 de febrero el procesado D. Juan Alberto se encontraba en el bar denominado DIRECCION000, sito en la PLAZA000 (Navarra) en cuyo interior se encontraban en esa hora numerosas personas dado que a lo largo del día anterior y de esa misma noche se celebraba la fiesta de los quintos de la localidad, habiendo participado el procesado en esa celebración desde el mediodía del día anterior al de los hechos, consumiendo con ocasión de esa celebración numerosas bebidas alcohólicas.

En ese bar, y en aquel momento, se encontraba, también Doña Adoracion, de 27 años de edad, la cual había estado celebrando, igualmente, la citada fiesta, habiendo consumido numerosas bebidas alcohólicas desde el mediodía del día anterior al de los hechos y hasta ese momento, encontrándose, debido a ese consumo, en estado de embriaguez.

En un momento determinado, se dirigió Adoracion a los servicios del citado bar, accediendo al de caballeros dado que estaba ocupado el de señoras.

Al mismo tiempo, se dirigió a los citados servicios el procesado accediendo al de caballeros tras la Sra. Adoracion, en cuya compañía no había estado anteriormente, cerrando la puerta, accionando el pestillo, quedando así ambos en el interior del baño, de muy reducidas dimensiones.

Adoracion le preguntó qué estaba haciendo, diciéndole el acusado qué buena estás, tocando un pecho de aquella, la cintura y las nalgas por encima de la ropa, a pesar de que esta le decía que no lo hiciera.

El procesado desoyendo las negativas de Adoracion y cogiéndola de los brazos, la colocó contra la pared, juntándose a ella, y, estando ambos de pie, le subió la falda, le bajó al medias y la braga y la penetró vaginalmente.

Seguidamente, Juan Alberto se sentó en el inodoro, y agarrando a la Sra. Adoracion la atrajo hacia él, dándole la vuelta y colocándola sobre él, golpeándose esta en la frente contra la pared al darle esa vuelta el procesado, penetrándola este de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciera una felación, negándose Adoracion, momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquella se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño.

En el momento de los hechos, el procesado se encontraba influenciado por la previa ingestión de bebidas alcohólicas, sin que conste la entidad de esa influencia.



Debido a las escasas dimensiones del baño en el que se encontraban y de las sujeciones y maniobras del procesado para acercarse a Adoracion , esta sufrió lesiones concretadas en un hematoma en la frente, dos hematomas de 1x1 cros. en cara posterior de tercio inferior del brazo izquierdo y tres lesiones equimóticas del cm. de longitud cada una de ellas en cara posterior de brazo derecho, lesiones estas que precisaron una sola asistencia médica, no constando el tiempo de su curación.

Como consecuencia de los referidos hechos Doña Adoracion se encuentra en tratamiento psicológico iniciado con fecha 15 de febrero de 2016, presentando sintomatología de ansiedad y estrés postraumático agudo con moderada sintomatología depresiva, acudiendo a dicho tratamiento de forma quincenal en la actualidad.>>

**SEGUNDO.**- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

<<Condenamos a DON Juan Alberto como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual y de un delito leve de lesiones, ya definidos sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

- a) Por el delito de agresión sexual 6 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial por el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercarse a menos de 300 metros de DOÑA Adoracion y comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo superior en 5 años al de la pena de prisión.
- b) Por el delito leve de lesiones, un mes de multa con una cuota diaria de 9 euros.

Imponemos, además, al procesado la medida de libertad vigilada por tiempo de 5 años.

Condenamos por su parte al procesado al abono de las costas procesales, así como a que indemnice a Doña Adoracion en la cantidad de 25.000 euros por el perjuicio causado; con el interés establecido en el art 576 de la LEC .

Abonamos al procesado la totalidad del tiempo de privación de libertad por estas actuaciones

La presente resolución no es firme, y contra ella cabe recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que deberá formalizarse ante esta Audiencia Provincial dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la misma.>>

**TERCERO.** - Frente a la anterior resolución la representación legal del **encausado DON Juan Alberto** interpuso recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que con fecha 27 de febrero de 2018 dictó Sentencia núm. 2 (rollo de apelación núm. 13/2017 ), dando como probados los siguientes **HECHOS**:

<< No se acepta en su totalidad o integridad el resto de hechos probados de la sentencia recurrida. En su lugar, introducidas en el las modificaciones consideradas procedentes, se declaran probados los siguientes hechos:

Sobre las siete horas del día 6 de febrero de 2016, el procesado D. Juan Alberto se encontraba en el bar denominado DIRECCION000 , sito en la PLAZA000 , (Navarra), en cuyo interior se encontraban a aquella hora numerosas personas, dado que a lo largo del día anterior y de esa misma noche se celebraba la fiesta de los quintos de la localidad, habiendo participado el procesado en esa celebración desde el mediodía del día anterior al de los hechos, consumiendo con ocasión de esa celebración numerosas bebidas alcohólicas.

En ese bar, y en aquel momento, se encontrada, también, D.a Adoracion , de 27 años de edad, la cual había estado celebrando, igualmente, la citada fiesta, habiendo consumido numerosas bebidas alcohólicas desde el mediodía del día anterior al de los hechos y hasta ese momento, encontrándose, debido a ese consumo, en estado de embriaguez.

En un momento determinado, se dirigió Adoracion a los servicios del citado bar, accediendo al de caballeros, dado que estaba ocupado el de señoras.

Al mismo tiempo, se dirigió a los citados servicios el procesado accediendo al de caballeros tras hacerlo Adoracion , en cuya compañía había estado anteriormente; cerrando la puerta, accionando el pestillo y quedando así ambos en el interior del baño, de muy reducidas dimensiones.

Adoracion le preguntó qué estaba haciendo, diciéndole el acusado "qué buena estás", al tiempo que le tocaba un pecho, la cintura y las nalgas por encima de la ropa, a pesar de que aquélla le decía que no lo hiciera.

El procesado, desoyendo las negativas de Adoracion , se juntó a ella, la desplazó y apoyó contra la pared, y, estando ambos de pie, pegados uno a otro, le subió la falda, le bajó las medias y el tanga y la penetró vaginalmente.

Seguidamente, Juan Alberto , asiéndola del brazo izquierdo, le dio la vuelta para invertir su posición, en una maniobra que, por efecto del impulso, de las reducidas dimensiones del recinto y del estado de embriaguez

de Adoracion , le hizo perder el equilibrio, golpeándose la frente contra la pared. Situada ésta en la posición deseada, Juan Alberto la atrajo hacia él, prendida de la cintura, y tras sentarse en el inodoro y colocarla sobre él, la penetró de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciera una felación, a lo que Adoracion se negó; momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño.

En el momento de los hechos, el procesado se encontraba influenciado por la previa ingestión de bebidas alcohólicas, sin que conste la entidad de esa influencia.

Debido a la pérdida del equilibrio y el golpe contra la pared producido en el giro a que se ha hecho antes mención, Adoracion sufrió un hematoma en la frente que tan sólo precisó una asistencia médica, no constando el tiempo de su curación. En la exploración médica presentaba también en la parte superior de los brazos equimosis susceptibles de haberse por cualquier sujeción, presión o contusión en ellos.

Como consecuencia de los referidos hechos Adoracion se encuentra desde el 15 de febrero de 2016 en tratamiento psicológico por sintomatología de ansiedad y estrés postraumático agudo con moderada sintomatología depresiva, acudiendo a dicho tratamiento de forma quincenal en la actualidad>>.

**CUARTO.-** La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó el siguiente **pronunciamiento**:

<<1º.- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Eduardo de Pablo Murillo en nombre y representación del acusado Don Juan Alberto .

2º. Revocar parcialmente la sentencia 201/2017 dictada el 2 de octubre de 2017 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra en el rollo de Sala núm 405/2016 , dimanante del P.O núm 496/2016 de Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona.

3º. Absolver al acusado Don Juan Alberto del delito de agresión sexual que le imputaban las acusaciones pública y particular y condenarle como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de cuatro años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a menos de 300 metros de Doña Adoracion y comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo superior en cinco años al de la pena de prisión, imponiéndole asimismo la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años.

4º.- Confirmar los restantes pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida.

5º.- Declarar de oficio las costas causadas en el recurso de apelación.

6º.-. Notificar esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en el art 847 de la LECrim ., que habrán de preparar mediante escrito autorizado por abogado y procurador ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia, a tenor de los artículos 855 y 856 de la misma Ley .

7º.- Y firme que sea devolver la causa a la Sección de la Audiencia Provincial de procedencia, y con testimonio de la presente resolución.>>

**QUINTO.-** Notificada la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales del **encausado DON Juan Alberto y de la Acusación particular Doña Adoracion** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal del encausado DON Juan Alberto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

**Motivo primero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, del derecho a un procedimiento con todas las garantías en relación con la obligación de motivar las sentencias, al amparo de lo establecido en el artículo 120.3 y 24.1 y 2 de la Constitución en relación al artículo 9.3 del mismo cuerpo legal .

**Motivo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de presunción de inocencia, al amparo de lo establecido en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución con base en lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .



**Motivo tercero.**- Error de valoración de la prueba al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

El recurso de casación formulado por la representación legal de la Acusación particular DOÑA Adoracion se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**Motivo primero.**- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , ambos en relación con los artículos 24.1º.2º de la Constitución Española y 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por cuanto la variación por parte de la resolución en Apelación de los hechos declarados probados por el órgano de instancia implica una nueva calificación jurídica del tipo penal, ocasionando tal circunstancia indefensión a mi representada.

**Motivo segundo** .- Infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del art. 181 del C.P . y por indebida inaplicación de los arts. 178 y 179 del mismo cuerpo legal , por cuanto los hechos declarados probados por el órgano de instancia, apoyándose en la prueba practicada, y basándose en el principio de inmediación, son subsumibles en el tipo penal de la agresión sexual ( arts. 178 y 179 C.P .) y no en el del abuso sexual ( art. 181 C.P .).

**Motivo tercero** .- Infracción de ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida inaplicación del art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , ya que tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular calificaron los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual tipificado en los arts. 178 y 179 del Código Penal ; y no como un delito de abuso sexual ( art. 181 C.P .)

**Motivo cuarto** .- Quebrantamiento de forma, de conformidad con lo establecido en el artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto la valoración de la Sala sobre los hechos probados se muestra contradictoria con la efectuada por el órgano de instancia, quien, al practicar la prueba bajo el principio de inmediación, sí apreció la existencia de violencia e intimidación en la actuación del condenado.

**Motivo quinto** .- Error de hecho en la valoración de la prueba al amparo del núm. 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del art. 741 de la Ley de enjuiciamiento Criminal , por cuanto la Sentencia de Apelación se sirve de una modificación de los hechos declarados probados por el órgano de instancia para no apreciar el carácter violento e intimidatorio de la actuación del condenado, realizando argumentaciones propias y obviando aspectos esenciales de los acontecimientos, lo que deriva en una errónea calificación de los hechos como el delito de abuso sexual; y no el de agresión sexual que sería más acorde con lo acontecido.

**SEXTO.**- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, se opuso a los motivos de los recursos, excepto al primero y segundo de la Acusación particular, solicitando su inadmisión, y subsidiariamente los impugnó e interesó su desestimación, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.**- Por Providencia de esta Sala de fecha 19 de marzo de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 26 de marzo de 2019; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por el acusado Juan Alberto , y revocando la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, absolvió al acusado del delito de agresión sexual que le había sido imputado y le condenó como autor de un delito de abuso sexual, manteniendo la condena por un delito leve de lesiones, todo ello a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han recurrido en casación tanto el acusado en la instancia, como la representación procesal de la acusación particular, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Recurso de Juan Alberto .

**SEGUNDO.**- El motivo tercero, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y cuyos particulares demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia



de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

El autor del recurso cita como documento a estos efectos casacionales, el reportaje fotográfico que consta a los folios 48 a 54, que acredita las reducidas dimensiones del baño y que -según el motivo- demuestran que es imposible salir del mismo si alguien está sentado en el inodoro y lo impide. Con ello el motivo señala que el *factum* yerra al decir que la víctima salió del baño " *aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño* ".

Los hechos probados relatan, en esencia, el encuentro en el aseo de un bar, en el que había entrado Adoracion , de 27 años de edad, accediendo al de caballeros dado que estaba ocupado el de señoras. Al mismo tiempo, se dirigió a los citados servicios el procesado accediendo al de caballeros tras ella, en cuya compañía no había estado anteriormente, cerrando la puerta, accionando el pestillo, quedando así ambos en el interior del baño, de muy reducidas dimensiones. Adoracion le preguntó qué estaba haciendo, diciéndole el acusado "qué buena estás", tocándole un pecho, la cintura y las nalgas por encima de la ropa, a pesar de que esta le decía que no lo hiciera. El procesado desoyendo las negativas de Adoracion , se juntó a ella, la desplazó y apoyó contra la pared, y estando ambos de pie, pagados uno a otro, le subió la falda, le bajó las medias y el tanga y la penetró vaginalmente. Seguidamente, Juan Alberto , asiéndola del brazo izquierdo, le dio la vuelta para invertir su posición, en una maniobra que, por efecto del impulso, de las reducidas dimensiones del recinto y del estado de embriaguez de Adoracion , le hizo perder el equilibrio, golpeándose la frente contra la pared. Situada ésta en la posición deseada, Juan Alberto la atrajo hacia él, prendida de la cintura, y tras sentarse en el inodoro y colocarla sobre él, la penetró de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciera una felación, a lo que Adoracion se negó; momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño.

En el momento de los hechos, tanto el procesado como la víctima, se encontraban influenciados por la previa ingestión de bebidas alcohólicas, sin que conste la entidad de esa influencia en el caso de acusado. La víctima se produjo las lesiones que después analizaremos; además, y como consecuencia de los referidos hechos, presenta sintomatología de ansiedad y estrés postraumático agudo con moderada sintomatología depresiva, acudiendo a dicho tratamiento de forma quincenal en la actualidad.

Como puede comprobarse, los hechos probados no sufren error valorativo alguno como consecuencia de las fotografías que el recurrente invoca como documento a los efectos dispuestos en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Tendría que ser un *documento por sí mismo demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, es decir, un documento literosuficiente, que debe aparecer de forma clara y patente del examen del mismo, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis*.

Además, no especifica el recurrente en qué extremo se produce el *error facti* ni se aporta una redacción alternativa del *factum*, conforme a la tesis del motivo. Tampoco se pone en relación estas pruebas documentales con otras pruebas existentes en el proceso. En suma, el reportaje fotográfico no es literosuficiente.

El autor del recurso parte de que con tan reducidas dimensiones del aseo es imposible salir, estando sentado en el inodoro el acusado, pero apostilla que este efecto se producirá siempre que este impida la salida de la víctima, y eso, desde luego, no puede resultar acreditado con la meritada fotografía.

El Tribunal de apelación, que ha aceptado íntegramente en este punto el *factum* del Tribunal de instancia, ha tenido en cuenta el testimonio de la propia víctima, al que da plena credibilidad, por lo que el motivo necesariamente tiene que decaer porque, además de la falta de literosuficiencia del reportaje fotográfico, las conclusiones a que llega el mismo son contradichas por otros elementos probatorios obrantes en la causa, que se han tenido en cuenta por los juzgadores tanto en la instancia como en la apelación.

En su consecuencia, el motivo no puede ser estimado.



**TERCERO.** - Los dos primeros motivos del recurso de Juan Alberto pueden estudiarse conjuntamente, pues en ambos se plantea un déficit probatorio que se viabiliza por los cauces autorizados en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocándose como infringida la garantía constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.

El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira en torno a las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente comprobación:

- 1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).
- 2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).
- 3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (prueba suficiente).
- 4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (prueba de cargo razonada).

En el caso sometido a nuestra revisión casacional, la prueba se encuentra perfectamente razonada, como es de ver en los fundamentos de derecho segundo a séptimo, págs. 7 a 30. La prueba de cargo sustancialmente tomada en consideración es la valoración de la declaración inculpativa de la víctima, cuyo testimonio cumple los requisitos jurisprudenciales de credibilidad, verosimilitud y persistencia incriminatoria, viniendo además sustentada por corroboraciones objetivas derivadas del informe de sanidad y otras testificales. También hace la sentencia recurrida un estudio de la prueba de descargo.

La sentencia recurrida analiza todos los aspectos relacionados con la enervación de la presunción de inocencia; y así, nos remitimos a los siguientes fundamentos de derecho: cuarto, págs. 15 a 19, sobre la credibilidad subjetiva; quinto, sobre la credibilidad objetiva o verosimilitud; sexto, págs. 32 a 34, sobre la persistencia, que son coherentes en su exposición y lógicos en sus conclusiones; séptimo, pág. 34 a 37, en donde se realiza un análisis de la declaración incriminatoria de la víctima con la exculpativa del acusado, desde una perspectiva globalizadora comparativa entre prueba principal de cargo y de descargo y, como dice el Fiscal, se desvela la falacia de la declaración judicial del recurrente en el juicio oral, motivada sólo al conocer el resultado de la prueba biológica de ADN, que lo implica, y las demás testificales.

En su consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

#### **Recurso de la acusación particular.**

**CUARTO.**- La representación procesal de la acusación particular formaliza cinco motivos. Comenzaremos por el estudio del motivo cuarto que se encauza como quebrantamiento de forma al amparo de lo autorizado en el art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por contradicción del *factum* con el de la sentencia de instancia.

La única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial, la que reúne las siguientes características: a) tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierta o crea advertirse entre el "factum" y la fundamentación jurídica de la resolución; b) ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada; c) la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato; d) como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato



fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas.

El motivo lo defiende la acusación particular sobre la base de que el tribunal de apelación, sin gozar de inmediatez, cambió los hechos probados de la sentencia de instancia, pero esto no es la contradicción como vicio sentencial, en los términos definidos en el art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino una consecuencia del recurso de apelación instaurado por la Ley 41/2015, de 5 octubre, que establece: "(...) las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia (...) son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (...)", todo ello conforme a las exigencias del art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Mas recientemente las SSTC 105/03 de 2 de Junio y 116/2006 de 24 de Abril, vuelven a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos, declaración que se produce con posterioridad al Dictamen de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU de 20 de Julio de 2000.

Volveremos seguidamente sobre el ámbito revisor del *factum* por el órgano judicial de apelación.

En su consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**QUINTO.-** En el motivo quinto, se denuncia "error facti", al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que el autor del recurso lo reconduce por no respetar el informe de sanidad y omitir en el nuevo *factum* las características de las lesiones sufridas por la víctima.

Pero, aunque la forma de narrar los hechos es más suave en el caso de la sentencia de segundo grado, consecuencia de la conclusión a la que llega la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, no por ello se deja de valorar el informe de sanidad invocado, y describir las lesiones.

En efecto, se dice en el *factum* que "debido a las escasas dimensiones del baño en el que se encontraban y de las sujeciones y maniobras del procesado para acercarse a Adoracion, esta sufrió lesiones concretadas en un hematoma en la frente, dos hematomas de 1x1 centímetros en cara posterior de tercio inferior del brazo izquierdo y tres lesiones equimóticas de 1 cm. de longitud cada una de ellas en cara posterior de brazo derecho, lesiones estas que precisaron una sola asistencia médica, no constando el tiempo de su curación". También se añade que "como consecuencia de los referidos hechos Dª Adoracion se encuentra en tratamiento psicológico iniciado con fecha 15 de febrero de 2016, presentando sintomatología de ansiedad y estrés postraumático agudo con moderada sintomatología depresiva, acudiendo a dicho tratamiento de forma quincenal en la actualidad".

Y, finalmente, no por ello deja el Tribunal "a quo" de sancionar un delito leve de lesiones, condenando por tal al acusado, y confirmando este fallo de la primera instancia, razón por lo cual el motivo no puede prosperar.

**SEXTO.-** El primer motivo, se formaliza por "vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos en relación con los artículos 24, apartados 1º y 2º de la Constitución Española y 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la variación por parte de la resolución en apelación de los hechos declarados probados por el órgano de instancia implica una nueva calificación jurídica del tipo penal, ocasionando tal circunstancia indefensión a mi representada".

En suma, lo que plantea la parte recurrente es que el Tribunal Superior de Justicia, extralimitándose de las facultades legales concedidas como tribunal de apelación, ha introducido en el *factum* unas modificaciones de forma arbitraria, en base a una valoración directa de la prueba testifical de la víctima y del informe de sanidad, hechos que excluyen la premisa fáctica del fundamento de la aplicación de la violencia que cualifica el tipo penal de agresión sexual apreciado en la instancia para revocar aquel fallo y condenar por el delito de abuso sexual.

**El motivo ha contado con el apoyo del Ministerio Fiscal, pero no puede prosperar.**

Para ello, vamos a seguir la doctrina resultante de nuestra STS 162/2019, de 26 de marzo, que analiza y declara las posibilidades revisoras del órgano de apelación en materia penal.

Declara esta Sentencia que debemos adentrarnos en la determinación de las funciones que en esta materia desempeñan los recursos de casación y apelación.





"2.1 La valoración de la prueba es un proceso complejo. De un lado existen pruebas que dependen de la inmediación en las que el juez o tribunal de instancia, que presencia la práctica de la prueba, es el que está en mejor posición para apreciarlas. El juez o tribunal presencia lo que se dice y cómo se dice, no sólo por su contenido literal, sino por su expresión gestual y por el contexto de su declaración. Sin embargo, la interpretación de ese testimonio, la motivación de la percepción de ese testimonio, otorgándole credibilidad o no, o deduciendo concretas inferencias es una operación racional, que no depende de la inmediación.

*De otro lado, en los procesos judiciales normalmente se ponderan pruebas distintas, de naturaleza diferente y con un peso incriminatorio también distinto. Las pruebas, además, pueden ser contradictorias entre sí, y acreditar hechos también contradictorios, y el juez o tribunal debe apreciar las pruebas, optar entre unas u otras, darles mayor o menor relevancia para llegar a una conclusión final sobre la culpabilidad o inocencia. La ponderación de ese conjunto de pruebas también es una operación racional ajena a la inmediación y así se deduce de la propia LECrim, que en sus artículos 741 y 717 dispone que el juez valorará la prueba en conciencia y de modo racional.*

*La jurisprudencia de esta Sala ha establecido desde hace muchos años que "la estimación en conciencia no debe entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de directrices o pautas de rango objetivo" ( STS 29 de enero de 1988 ). Y también venimos afirmando que el principio de libre valoración probatoria corresponde al juez o tribunal de instancia de forma que debe comparar, valorar, dar más o menos crédito a cada prueba y decidir. En esta actividad entra en juego el principio "in dubio pro reo", según el cual procede la absolución si no se llega al convencimiento de culpabilidad más allá de toda duda razonable.*

*En el recurso de casación la revisión del juicio fáctico se puede realizar a través del análisis de la presunción de inocencia (artículo 852), del error en la valoración de la prueba basado en documentos literosuficientes (artículo 849.2) y por defectos de forma de la sentencia (artículos 851.1º y 2º).*

*En el recurso de apelación, en cambio, la competencia es más amplia porque, además de la posible invocación de la presunción de inocencia y de cualquier defecto de forma de la sentencia, se puede combatir el relato fáctico a través de la invocación del error en la valoración de la prueba, cuya justificación no se ciñe o limita a la valoración de documentos literosuficientes. En la apelación el error puede derivarse no sólo de documentos sino de cualquier prueba y de su valoración conjunta". (...)*

"2.4 Una vez determinadas las competencias del tribunal de casación en la revisión de los hechos probados, la funcionalidad del principio de presunción de inocencia y el singular régimen de impugnación de las sentencias absolutorias y de las condenatorias en que se pretenda un incremento de la condena, procede analizar el ámbito del recurso de apelación de sentencias condenatorias en lo que se refiere a la impugnación del relato histórico, anticipando, como ya hemos dicho antes, que es más amplio que el del recurso de casación.

*En nuestro sistema penal hay dos regulaciones de la apelación penal no del todo coincidentes. La establecida para las sentencias dictadas por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, que permite la revisión del juicio fáctico a través de la vulneración del principio de presunción de inocencia ( artículo 846 bis c, apartado e) y la establecida para el resto de sentencias, que se rige por lo dispuesto en los artículos 790 a 792 de la LECrim .*

*El artículo 790.2 de la ley procesal arbitra como motivos de apelación el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y la infracción de normas del ordenamiento jurídico, entre las que se encuentran las normas constitucionales y, singularmente, el derecho a la presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24 de la Constitución .*

*Por lo tanto, el recurso de apelación regulado en el artículo 790 y siguientes de la LECrim permite una revisión del juicio fáctico que no se limita a la comprobación de la vulneración de la presunción de inocencia. La revisión es más amplia, ya que posibilita un análisis completo de la valoración probatoria para determinar si ha habido error. Más adelante se irán perfilando los límites de esa revisión.*

*El recurso de apelación regulado en los artículos 790 a 792 de la LECrim se configura como una verdadera segunda instancia, de modo que el Tribunal superior puede controlar de forma efectiva " [...] la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto [...]" ( STC Pleno 184/2013 de 4 nov . FJ7, con cita de otras SSTC).*

*En principio y con las limitaciones que luego describiremos, el Tribunal de apelación está en la misma posición que el juez a quo para la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, para examinar y corregir la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia y para subsumir los hechos en la norma ( STC Pleno 167/2002, de 18 de septiembre y STC Pleno 184/2013, de 4 de noviembre FJ 6º).*



*Así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional en muchas sentencias de la que destacamos por su claridad la STC 157/1995, de 6 de noviembre, afirmando sobre el recurso de apelación que "existen varias modalidades para los recursos y entre ellas la más común es la apelación, cuya naturaleza de medio ordinario de impugnación está reconocida por todos y conlleva, con el llamado efecto devolutivo que el juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido hemos explicado muchas veces que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium" ( SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90 y 21/93 )".*

*Esa facultad deriva del derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, que controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto ( SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7 ; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2 ; y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3).*

*Ese derecho está consagrado en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (ratificado por España el 28 de agosto de 2009) y que forma parte de las garantías del proceso justo consagradas en el art. 24.2 CE (por todas, SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3 ; 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5 ; 70/2002, de 3 de abril, FJ 7 ; y 116/2006, de 24 de abril, FJ 5).*

*En el recurso de apelación, por tanto, las posibilidades de revisión crítica de la valoración probatoria de una sentencia condenatoria son más amplias, aun reconociendo que no es fácil precisar ese mayor ámbito de decisión frente al cauce de la presunción de inocencia.*

*Dejando al margen las sentencias absolutorias y las condenatorias en que se pretenda un agravamiento de condena, que como hemos visto tienen un régimen singular de impugnación, en caso de sentencias condenatorias el tribunal de apelación puede rectificar el relato histórico cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación. "[...] El único límite a esa función viene determinado por la inmediatez en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral, lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal y cómo lo dice, esto es las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos [...]" ( STS 107/2005, de 9 de diciembre ).*

*En efecto, el tribunal de apelación puede, de un lado, llevar a cabo una nueva valoración cuando se practiquen nuevas pruebas en la segunda instancia, según autoriza el artículo 790.3 de la LECrim, y, de otro, puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no comprometidos con la inmediatez. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediatez.*

*Siendo cierto que la función del tribunal de apelación no consiste en reevaluar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia, si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediatez y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación. Además, el Tribunal debe respetar, en todo caso, la prohibición de la reforma peyorativa, en virtud de la cual el órgano "ad quem" no puede exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga su origen exclusivo en la propia interposición de éste ( STC 17/2000, de 31 de enero )".*

*Aplicando la anterior doctrina al caso enjuiciado, el Tribunal Superior de Justicia no puede afirmarse que haya variado, de forma arbitraria, aunque sea parcialmente, los hechos probados de la sentencia de la AP mediante la modificación parcial y total, respectivamente, de tres párrafos del referido *factum*, en base a un análisis de la racionalidad de la valoración de la prueba realizada en la instancia.*

*Con respecto a la valoración de la prueba testifical de la víctima, el TSJ coincide plenamente con la Audiencia Provincial al considerar la misma como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del recurrente, al cumplir los conocidos parámetros jurisprudenciales de credibilidad, verosimilitud y persistencia*



(fundamentos de derecho cuarto a octavo de la sentencia recurrida, págs. 15 a 41), junto a corroboraciones periféricas.

En concreto, el Tribunal Superior de Justicia, como órgano de apelación, ha llevado a cabo una valoración probatoria que le incumbe, pues, como antes dijimos, no es lo mismo el ámbito del recurso de apelación que el recurso de casación. La falta de inmediación, que tiene sus consecuencias, no puede producir, que tras la Ley 41/2015, de 5 de octubre, coexistan dos recursos de casación consecutivos. Cada una de las impugnaciones que permite la ley procesal tiene un ámbito jurídico distinto. En la apelación, si no es como consecuencia de la proscripción de la reforma peyorativa, el juez de la segunda instancia se encuentra en el mismo lugar que el de la primera, pudiendo incluso valorar prueba que se haya practicado en su presencia, pues la regulación permite un segundo turno de práctica de prueba, lo que no es posible en el ámbito del recurso de casación, conforme al Acuerdo Plenario de fecha 19 de diciembre de 2012 ("la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley").

El Tribunal Constitucional se expresa así en su STC 55/2015, de 16 marzo, al indicar que la segunda instancia penal confiere "*plenas facultades o plena jurisdicción al tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen... no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo*".

En efecto, la reforma operada en el art. 847 LECrim mediante Ley 41/2015, de 5 octubre, por lo que aquí interesa, mantiene el recurso de casación: "a) *Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, contra: 1º) Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia...*", y en concordancia con lo anterior, hay que recordar que el art. 846 ter LECrim, también reformado por la Ley 41/2015, de 5 octubre, establece que "*(...) las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia (...) son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (...)*".

La mutación del *factum* permitida en el recurso de apelación puede derivar de la censura por arbitrariedad o irracionalidad con la que se ha valorado esa prueba en la primera instancia. En este sentido, la STS 652/2014, de 10 octubre, declara que "*(...) el tribunal de apelación no puede sustituir una valoración probatoria o una decisión acerca de la credibilidad de los testigos que no sea totalmente absurda, por la propia, basándose en que esta última es más racional o más completa o acertada que la primera*". Pero puede hacerlo si considera tal valoración como extravagante, presenciando pruebas directamente, cuando la variación es contra reo, y sin audiencia, si lo es a favor de reo.

Así lo ha considerado en este caso, el Tribunal de apelación. Y también hemos declarado que es posible el control de los juicios de inferencia.

*Declara el Tribunal Constitucional - SSTC 135/2003 ó 263/2005 entre otras- que dicho examen debe efectuarse:*

- a) Desde el canon de la lógica o de la coherencia de la conclusión para verificar que esta no sea irrazonable, y*
- b) Desde el canon de su suficiencia o carácter excluyente eliminando las conclusiones débiles o imprecisas en las que quepan otras muchas hipótesis.*

**El Tribunal de apelación lo que ha hecho ha sido sustituir algunas frases del *factum* como consecuencia del ámbito de conocimiento que le proporciona el recurso de apelación. En modo alguno puede decirse que se ha excedido en su *iudicium*.**

Se sustituyen por el TSJ las frases del hecho probado de la sentencia de primera instancia siguientes:

En el sexto párrafo del *factum* de ambas sentencias, relativo a si el procesado, *desoyendo las negativas de Adoracion y cogiéndola de los brazos, la colocó contra la pared, juntándose a ella, y, estando ambos de pie, le subió la falda, le bajó las medias y la braga y la penetró vaginalmente*, por esta otra: *"el procesado, desoyendo las negativas de Adoracion, se juntó a ella, la desplazó y apoyó contra la pared, y estando ambos de pie, pegados uno a otro, le subió la falda, le bajó las medias y el tanga y la penetró vaginalmente"*. Igualmente, en el séptimo párrafo del *factum* de ambas sentencias, en donde la Audiencia Provincial señala *"seguidamente, Juan Alberto se sentó en el inodoro, y agarrando a la Sra. Adoracion la atrajo hacia él, dándole la vuelta y colocándola sobre él, golpeándose esta en la frente contra la pared al darle esa vuelta el procesado, penetrándola este de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciera una felación, negándose Adoracion, momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño"*. El Tribunal Superior de Justicia se expresa así: *"seguidamente, Juan Alberto, asiéndola del brazo izquierdo, le dio la vuelta para invertir su posición, en una maniobra que, por efecto del impulso, de las reducidas dimensiones*



del recinto y del estado de embriaguez de Adoracion , le hizo perder el equilibrio, golpeándose la frente contra la pared. Situada ésta en la posición deseada, Juan Alberto le atrajo hacía él, prendida de la cintura, y tras sentarse en el inodoro y colocarla sobre él, la penetró de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciera una felación, a lo que Adoracion se negó; momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño. Y finalmente, en el noveno párrafo del *factum* de ambas sentencias. AP: " Debido a las escasas dimensiones del baño en el que se encontraban y de las sujeciones y maniobras del procesado para acercarse a Adoracion esta sufrió lesiones concretadas en un hematoma en la frente, dos hematomas de 1x1 cms. en cara posterior de tercio inferior del brazo izquierdo y tres lesiones equimóticas de 1 cm. de longitud cada una de ellas en cara posterior de brazo derecho, lesiones estas que precisaron una sola asistencia médica no constando el tiempo de curación". TSJ: Debido a la pérdida del equilibrio y el golpe contra la pared producido en el giro a que se ha hecho antes mención, Adoracion sufrió un hematoma en la frente que tan sólo precisó una asistencia médica, no constando el tiempo de su curación. En la exploración médica presentaba también en la parte superior de los brazos equimosis susceptibles de haberse por cualquier sujeción, presión o contusión entre ellos"

Analizaremos tales declaraciones fácticas en el motivo siguiente, e incluso la contradicción que constituye, desde el estricto control jurídico, que por un lado parece atribuirse el golpe de la cabeza en la víctima a la pérdida de equilibrio, y por otro lado, se mantenga la condena por el delito de lesiones que se sanciona al acusado (delito leve de lesiones dolosas del art. 147.2 del Código Penal ), asumiendo los planteamientos del tribunal de primera instancia, que en base al *factum* de su sentencia atribuía inequívocamente la causación de esta lesión a la acción del recurrente y no al estado de embriaguez de la víctima y calificaba en su fundamento jurídico cuarto como delito leve de lesiones del art. 147.2 CP .

En suma, las funciones revisoras del recurso de apelación, han permitido al Tribunal de apelación, sustituir a favor de reo, tales declaraciones fácticas, al encontrarse, en este caso, explicadas, y basadas en datos objetivos.

Por consiguiente, y desde el plano de la vulneración constitucional, que es lo que analizamos en este motivo, este reproche casacional no puede prosperar.

**SÉPTIMO.** - Analizaremos ahora el motivo segundo, que por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la falta de aplicación de los arts. 178 y 179 del Código Penal , e indebida aplicación del art. 181 del propio Cuerpo legal. En definitiva, reprocha la subsunción jurídica que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha concedido a los hechos probados, variando la tipificación de agresión sexual a la de abuso sexual.

La desestimación del motivo anterior conlleva que debamos partir de los hechos probados de la Sentencia recurrida, que no es otra que la dictada por el Tribunal Superior de Justicia.

La nueva catalogación jurídico-penal de los delitos contra la libertad sexual que se diseña en el Código Penal de 1995, ha producido cierta confusión que en palabras de la STS 355/2015, de 28 mayo , debe ponerse de manifiesto en que " *el error procede de la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no como sucede en el modelo de tipificación actual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación.*"

El Código Penal distingue en el Título VIII del Libro II, en los capítulos primero y segundo, entre los delitos de agresiones sexuales y los delitos de abusos sexuales. La diferencia radica, como se acaba de señalar, en utilizar violencia o intimidación en los primeros (art. 178 ), y no mediar consentimiento en los segundos (art. 181).

Dentro de los delitos de agresiones sexuales, se tipifica el tipo básico, esto es, atentar contra la libertad sexual de otra persona sin acceso carnal (o introducción de miembros corporales u objetos), y el tipo agravado, o delito de violación, que recupera su *nomen iuris*, a partir de la reforma operada por LO 11/1999, cuando el acceso carnal lo sea por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías ( art. 179). También se diseñan los correspondientes subtipos agravados en el art. 180 del Código Penal , de manera que las penas se incrementan por la dinámica de la acción (particularmente denigrante o vejatoria), la utilización de medios peligrosos (armas u otros medios), el incremento personal de los sujetos activos (actuación conjunta de dos o más personas), la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y agresor (relación de superioridad o parentesco).



El delito de abuso sexual es aquel en el que el sujeto pasivo atenta igualmente contra la libertad sexual de la víctima, pero sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento ( art. 181). Pero esa falta de consentimiento, a salvo de tocamientos episódicos o fugaces, lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y en consecuencia, sea éste bien inválido, bien inexistente. Por eso el Código Penal señala que, a los efectos de tipificar este delito, "se consideran abusos sexuales no consentidos" aquellos a los que se refiere el precepto, porque en tales casos el consentimiento se ha obtenido inválida o viciadamente; y así: a) los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido; b) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare; c) los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; d) cuando se obtenga un consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

También se disponen subtipos agravados en los casos de víctima especialmente vulnerable (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y autor (relación de superioridad o parentesco).

Del propio modo, se consideran abusos sexuales los correspondientes a los menores, dada la falta de madurez para el consentimiento sexual, distinguiendo el Código Penal entre mayores de 16 años y menores de 18, cuando el autor del delito se aproveche del engaño que haya desplegado o abuse de una posición reconocida de confianza (art. 182 ), y finalmente se describen en el Código la realización de actos de carácter sexual con menores de 16 años, en las diversas variedades que se tipifican (art. 183).

De lo todo ello se desprende que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que "se consideran abusos sexuales no consentidos" los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad.

En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis física o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males.

En cualquier caso, el delito de agresión sexual requiere violencia o intimidación, pero en modo alguno que se ocasionen lesiones a la víctima. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito la agresión sexual, que ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones ( STS 686/2005, de 2 de junio, entre otras).

Recuerda la STS 749/2010, de 23 de junio, con cita de otras precedentes, que la violencia a que se refiere el artículo 178 CP, ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto.

También hemos declarado que la fuerza que se exige ha de ser eficaz y de suficiente entidad objetiva, pero este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior posición y dominio del actor, lo que supone valorar la vía física más con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad criterio ya superado como se ha dicho.

En tal sentido, la STS 1564/2005, de 27 de diciembre, así como las SSTS de 4 de septiembre de 2000, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002 ó 11 de octubre de 2003, entre otras muchas.



En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio.

Pero, como venimos razonando, esa fuerza adquiere múltiples formas y aparece con variados matices, una veces a causa del espacio físico en donde se desenvuelven los acontecimientos, en otras ocasiones por la soledad del paraje en el que se desarrolla el ataque, y en otras, por la concurrencia de varios autores. Cada caso debe ser analizado conforme a sus parámetros individuales, en conjunción con todos los datos objetivos que resulten acreditados y en combinación con la declaración de la víctima. Con todos esos datos se podrán llegar a la conclusión de que ha sido atacada la libertad sexual de la persona ofendida por el delito mediante el uso de la violencia o el empleo de la intimidación.

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, y partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, vemos que estos relatan el encuentro casual de los protagonistas, el acusado y su víctima, en el reducido espacio del aseo del bar en el que ambos se encontraban, sin conocerse de antemano. Cuando el acusado entra en tan minúsculo habitáculo, según consta en el *factum*, se dirige al mismo tras ella, e inmediatamente cierra la puerta y acciona el pestillo, ante lo cual, la primera reacción de la víctima es preguntarle por el sentido de esa acción ("qué estaba haciendo", se lee en el relato fáctico), y como contestación, obtiene la siguiente: "qué buena estás", y a continuación comienza a tocar a Adoracion un pecho, la cintura y las nalgas por encima de la ropa; ante ello, la víctima le reprocha su acción (el relato histórico dice: "a pesar de que aquella le decía que no lo hiciera"). Tras ello, "el procesado desoyendo las negativas [en plural] de Adoracion , se juntó a ella, la desplazó y apoyó contra la pared, y estando ambos de pie, pagados uno a otro, le subió la falda, le bajó las medias y el tanga y la penetró vaginalmente".

En la realización de ese comportamiento, el acusado no es ya que no cuente con el consentimiento de la mujer, que esto se encuentra fuera de toda duda, al habérselo así expresado (recuérdese: "el procesado desoyendo las negativas de Adoracion "), sino que utiliza la fuerza de la vía de hecho ("le subió la falda, le bajó las medias y el tanga "), y para ello emplea todos los medios físicos que se encuentran a su alcance en ese momento ("...la desplazó y apoyó contra la pared"). Finalmente, culmina su acción ("... y la penetró vaginalmente").

El relato histórico narra otro episodio a continuación, que constituye otro ataque a la libertad sexual de la víctima, y este de forma más violenta, puesto que "seguidamente, Juan Alberto se sentó en el inodoro", y con un inequívoco acto de fuerza frente a la víctima, la atrae forzosamente hacia él ("...asiéndola del brazo izquierdo, le dio la vuelta para invertir su posición"), e inmediatamente culmina esta acción mediante la comisión de un delito de lesiones contra la víctima ("...golpeándose la frente contra la pared"), a continuación, una vez que el acusado tiene a su víctima en la posición de agredirla ("... situada ésta en la posición deseada"), el procesado "la atrajo hacia él, prendida de la cintura, y tras sentarse en el inodoro y colocarla sobre él", como si se tratara de un ser inerte, consuma de nuevo el delito sexual ("penetrándola este de nuevo vaginalmente").

Por ello, aunque el Tribunal Superior de Justicia procura relativizar el uso de las palabras que emplea, no por ello dejan de representar la fuerza que su significado contiene, pues aunque se intente degradar, le "agarró" del brazo, por un " asiéndola del brazo izquierdo", no por ello queda menos descrita una acción de fuerza, pues asir, dice el diccionario, es tomar o agarrar a alguien o a algo, especialmente con las manos, luego se está declarando como probado que el procesado agarra a su víctima. Y lo propio ocurre con "la atrajo hacia él, prendida de la cintura", puesto que igualmente significa que actúa por ella, que se encuentra paralizada o sin movimiento propio, en una situación que fácilmente puede deducirse producida por el temor del lugar y de la actuación agresora del procesado (no podemos olvidar que por parte del Tribunal de apelación se confirma una condena por un delito leve de lesiones producidas en la frente de la ofendida).

El suceso termina cuando el acusado le pide que le haga una felación, negándose Adoracion , "momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño".

También se relata que la mujer sufrió un hematoma en la frente, y en la exploración médica presentaba también en la parte superior de los brazos equimosis susceptibles de haberse (producido), por sujeción, presión o contusión.

Y que, "como consecuencia" de los referidos hechos, la víctima se encuentra en tratamiento psicológico, presentando sintomatología de ansiedad y estrés postraumático agudo con moderada sintomatología depresiva.

Concurren, pues, todos los elementos de la violencia e intimidación que requiere el delito de agresión sexual y que se fundamentan en el reducido espacio en el que se producen los hechos, el cierre con pestillo de tal



habitáculo, el acometimiento sexual con tocamientos ante la negativa de la mujer, la utilización de la fuerza agarrándola (asiéndola) por los brazos, el empleo de la vía de hecho para quitarle sus prendas íntimas, el volteo de la víctima por la fuerza, la causación de lesiones al utilizar "sujeción, presión o contusión", siendo condenado por ello, y la tracción "asiéndola del brazo izquierdo", "le dio la vuelta para invertir su posición", hasta situarla "en la posición deseada", penetrándola de nuevo vaginalmente. La descripción de fuerza en su actuar, está fuera de toda duda.

No puede mantenerse, como hace la sentencia recurrida, que no exista fuerza e intimidación en este episodio. Tampoco puede sostenerse que simplemente no existió consentimiento o que éste se encontraba viciado, sino todo lo contrario: la víctima se ha visto forzada y atacada sexualmente, frente a su clara e inequívoca negativa. En suma, el acusado se abalanza contra la víctima en el servicio y en contra de su voluntad la somete a esos tocamientos y penetraciones mediante la sujeción de la misma en sus brazos y cintura y le produce lesiones, cuya calificación se mantiene como lesiones dolosas del art. 147.2 CP ( *cfr.* fundamento de derecho décimo, pág. 49, de la sentencia recurrida) y no imprudentes del art. 152 CP , lo cual es -ciertamente- una contradicción en la postura que finalmente declara la Sala de apelación.

Como antes pusimos de manifiesto, el delito de agresión sexual requiere violencia o intimidación, pero en modo alguno que se ocasionen lesiones. Y en este caso, como vemos, se han causado lesiones sancionadas penalmente como delito. Además, sufre un tratamiento psicológico con sintomatología de ansiedad y estrés postraumático, que es, como dice el *factum*, "consecuencia" de los hechos; y como los propios jueces de la apelación señalan (página 44), de las (propias) declaraciones de la víctima se desprende que la irrupción del acusado en el servicio fue "súbita e inesperada", y el inicio de su acción, "inmediato e impetuoso", y también que el acusado la llevó contra la pared y se le "echó encima", lo que fue eficaz, "por cuanto la víctima declara que no tenía fuerza para quitárselo", quedando "encerrada entre paredes", y "teniendo bloqueada su salida por el cuerpo del acusado".

También expresa la sentencia recurrida más adelante (página 51) que mantiene el delito leve de lesiones ( art. 147.2 del Código Penal ), contraído al hematoma en la frente de la víctima, en cuanto el golpe se produjo "... en una maniobra de giro y tracción impulsada por el acusado para sentarla encima suyo sobre el inodoro". Es decir, está definiendo un episodio de fuerza frente a la víctima, que merece, a juicio del Tribunal de apelación, "una punición autónoma".

Con tal cúmulo de factores fácticos acreditativos de fuerza e intimidación, el hecho ha de ser calificado como de violación e intimidación, y penado conforme a los parámetros legales del art. 179 del Código Penal .

En consecuencia, el motivo será estimado, y la concreta penalidad se individualizará en la segunda sentencia que dictaremos a continuación de ésta.

**OCTAVO.**- La condena del acusado en casación, al estimar el recurso de la acusación particular, resulta posible, ya que no se modifican los hechos probados. La STS 707/2018, de 15 de enero de 2019 , junto a la STS 119/2018, de 13 de marzo , nos recuerda la doctrina constitucional y jurisdiccional que con base en el derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa, impide las condenas o resoluciones peyorativas *ex novo*, como consecuencia de un recurso de las acusaciones sin práctica de prueba ni oír al acusado. Pero la **rehabilitación en casación en contra del reo de una previa condena luego suprimida o atenuada en apelación, no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH** a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría *ex novo* esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable de asesinato, entre otras circunstancias con la de obrar por discriminación por razones de género. Esa inicial apreciación jurisdiccional ha emanado de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones.

Como dijimos, tampoco en esta sede casacional se "efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera" ni se "procede a una nueva valoración de los elementos de hecho" (expresión del asunto *Spînu c. Rumanía* , nº 32030/02, § 55, 29 de abril de 2008, luego muy reiterado).

Ya anteriormente la STS 1385/2011, de 22 de diciembre , decía: "la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. **La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación.** Por ello, tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado. Doctrina reiterada en las SSTS 615/2013, de 11 de julio y 555/2014 de 10 de julio ó 44/2018, de 25 de enero .



Y lo propio la **STS 565/2018, de 19 de noviembre** : La intención del sujeto activo del delito es un hecho de conciencia, un hecho subjetivo precisado de prueba, cuya existencia, a salvo los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias sea creíble, no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca de la intención del sujeto surja naturalmente de los datos disponibles. **Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace el recurrente.**

**NOVENO.-** El tercer motivo de la acusación particular, en donde se denuncia que se ha vulnerado el art. 11.3 LOPJ porque se ha condenado por delito de abuso sexual cuando las acusaciones se formularon por delito de agresión sexual, ha quedado ya sin contenido al resultar estimado su motivo segundo.

**Costas procesales.**

**DÉCIMO.-** Se imponen las costas procesales a la representación procesal de la defensa, y se declaran de oficio las costas procesales de la representación procesal de la acusación particular, con devolución del depósito si este hubiera sido constituido ( art. 910 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º. DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **encausado DON Juan Alberto** contra Sentencia núm. 2, de 27 de febrero de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, recaída en el Rollo de apelación núm. 13/2017 frente a la Sentencia 201/2017, de 2 de octubre de 2017 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra . **CONDENAMOS** a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

**2º.- ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación legal de la **Acusación particular Doña Adoracion** , contra la referida Sentencia núm. 2, de 27 de febrero de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, recaída en el Rollo de apelación núm. 13/2017 frente a la Sentencia 201/2017, de 2 de octubre de 2017 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra . **DECLARAMOS DE OFICIO** las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso y la **DEVOLUCIÓN DEL DEPÓSITO** legal si en su día lo hubiere constituido.

**3º.- En consecuencia, CASAMOS Y ANULAMOS en la parte que le afecta** , la referida Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

**4º.- COMUNÍQUESE** la presente resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal de procedencia a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

**5º.- SUPRÍMANSE en la publicación** los nombres propios o elementos identificativos de los intervinientes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Vicente Magro Servet**

**Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

RECURSO CASACION núm.: 972/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer





D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 24 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación formulado por las representaciones legales del encausado DON Juan Alberto , nacido el NUM000 de 1980, en Pamplona (Navarra) hijo de Rosendo y de Dolores , con NIF NUM001 , domiciliado en PLAZA000 (Navarra), solvente y sin antecedentes penales, y de la Acusación particular DOÑA Adoracion , contra Sentencia núm. 2, de 27 de febrero de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, recaída en el Rollo de apelación núm. 13/2017 frente a la Sentencia 201/2017, de 2 de octubre de 2017 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra . En el presente recurso de casación, por estimación del formulado por la Acusación particular, se ha dictado Sentencia por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, por los mismos Excmos. Sres. Magistrados y bajo idéntica presidencia y ponencia, que ha casado y anulado en la parte que le afecta la Sentencia recurrida, en base a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.-** Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de segunda instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

**SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.-** Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, que es la de segunda instancia, en su integridad.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia casacional, debemos condenar a Juan Alberto como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual y de un delito leve de lesiones, tipificados en los arts. 179 y 147.2 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las propias penas dispuestas en la Sentencia de primera instancia, seis años de prisión por el delito de agresión sexual y un mes de multa por el segundo, en los propios términos dispuestos en dicha sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, cuyos pronunciamientos, en lo restante, se mantienen íntegramente en esta instancia.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Juan Alberto como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual y de un delito leve de lesiones, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de seis años de prisión por el delito de agresión sexual y un mes de multa por el segundo, en los propios términos dispuestos en dicha sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, cuyos pronunciamientos, en lo restante, se mantienen íntegramente en esta instancia.

**Suprímense en la publicación** los nombres propios o elementos identificativos de los intervinientes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Vicente Magro Servet**

**Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**